

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20679/2015

ACJC/978/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 15 AOÛT 2017

Entre

A_____, sise _____ (GE), appelante d'un jugement rendu par la 11ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 21 décembre 2016, comparant par Me Fabio Spirgi, avocat, 15, rue Ferdinand-Hodler, case postale 6090, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____, domicilié _____ (VD), intimé, comparant par Me Simon Ntah, avocat, 1, place de Longemalle, 1204 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 29 août 2017.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/15616/2016 du 21 décembre 2016, notifié aux parties le 19 janvier 2017, le Tribunal de première instance a interdit à A_____ de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance des autorités américaines, dans le cadre du Programme américain auquel elle participe en catégorie 2, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, toute donnée, information ou document comportant le nom et/ou des données ou informations relatives à B_____ et/ou permettant de l'identifier (chiffre 1 du dispositif) et prononcé cette interdiction sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP (ch. 2).

Le Tribunal a mis les frais judiciaires – arrêtés à 10'200 fr. – à la charge de A_____, compensé ces frais à hauteur de 2'200 fr. avec les avances versées par B_____, condamné A_____ à verser à B_____ la somme de 2'200 fr. à titre de remboursement des frais avancés, condamné A_____ à verser à l'Etat de Genève la somme de 8'000 fr. à titre de frais judiciaires (ch. 3), condamné A_____ à payer à B_____ la somme de 10'000 fr. à titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

- B. a.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 20 février 2017, A_____ appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Principalement, elle conclut au déboutement de B_____ des fins de son action en prévention d'atteinte à la personnalité, avec suite de frais judiciaires et dépens.

Subsidiairement, elle conclut à ce qu'il soit dit que l'interdiction qui lui est faite de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers des données concernant B_____ ne déploie d'effet qu'en relation avec le programme du *Department of Justice* américain visant au règlement du différend fiscal entre les banques suisses et les Etats-Unis d'Amérique, et non en relation avec la transmission de données de manière générale si elle est requise par une autorité judiciaire ou administrative suisse, notamment l'Administration fédérale des contributions (AFC).

A l'appui de son appel, A_____ produit un communiqué du Préposé fédéral à la protection des données du 11 janvier 2017 et une liste de pays établie par ledit préposé, état au 12 janvier 2017.

b. Dans sa réponse, B_____ conclut à la confirmation du jugement entrepris et au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais judiciaires et dépens.

A l'appui de sa réponse, B_____ produit divers extraits de sites internet dans leur teneur au 6 avril 2017.

c. Les parties n'ont pas fait usage de leur droit de répliquer.

d. Elles ont été avisées le 6 juin 2017 par le greffe de la Cour de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments suivants résultent de la procédure.

a. A_____ est un établissement bancaire sis à Genève, disposant de succursales à Zurich, Bâle et Lugano.

Les principales activités de A_____ relèvent du *private banking* et de la gestion d'actifs. A_____ emploie en Suisse 1'157 personnes.

b. Du 1^{er} mars 2006 au 25 novembre 2015, B_____ a été employé au sein de la compagnie d'assurance C_____, dont le siège est au Liechtenstein.

Dans le cadre de son activité, B_____ a ouvert, au nom et pour le compte de C_____, des comptes de dépôt auprès de A_____ en relation avec les fonds des clients liés aux contrats d'assurance sur la vie conclus par ces derniers avec la compagnie.

B_____ disposait d'une signature collective à deux sur les relations bancaires de C_____ auprès de A_____.

c. Dès 2008, les autorités des Etats-Unis d'Amérique se sont intéressées aux établissements bancaires suisses, suspectant certains d'entre eux, de par leurs activités transfrontalières, d'avoir aidé les clients de nationalité américaine ou les résidents américains à éluder l'impôt américain.

En 2010, le Ministère de la justice des Etats-Unis (*U.S. Department of Justice* : ci-après DoJ) et l'autorité américaine de réglementation et de contrôle des marchés financiers (*U.S. Securities and Exchange Commission*) ont ouvert des enquêtes contre onze banques suisses et déposé en Suisse des demandes d'entraide administratives en vue d'obtenir des renseignements sur les activités transfrontalières desdites banques aux Etats-Unis.

Les autorités américaines ont sollicité une collaboration totale des établissements bancaires concernés et la remise de toutes les données dont elles disposaient, leur permettant d'examiner la situation, étant précisé qu'elles poursuivaient les banques sous le chef d'inculpation de conspiration contre les Etats-Unis.

d. Le 20 juin 2013, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après PFPDT) a émis une note à l'attention des banques récapitulant les principes de la Loi fédérale sur la protection des données

(ci-après LPD) à observer en cas de transmission de données personnelles d'employés et de tiers aux autorités américaines.

Il a notamment relevé que si une personne concernée s'opposait à ce qu'une banque transmette des documents contenant son nom, la banque devait peser les intérêts en présence dans le cas concret. Elle devait alors, en vertu de l'art. 13 LPD, faire valoir des motifs justificatifs pour pouvoir procéder à la transmission et devait, par ailleurs, remplir les conditions de l'art. 6 LPD pour pouvoir transmettre des données dans un pays ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat.

e. Le 3 juillet 2013, le Conseil fédéral a fixé les principes de coopération des banques suisses avec les autorités américaines en vue de régler le différend fiscal et a donné aux banques la possibilité de demander une autorisation individuelle au sens de l'art. 271 CP.

La décision modèle précisait notamment que l'intérêt de la banque à coopérer avec les autorités américaines était important. La collecte et la transmission des renseignements visait à éviter une plainte du DoJ à l'encontre de la banque. Pour celle-ci, le dépôt d'une plainte aurait des conséquences majeures sur ses relations économiques avec les Etats-Unis. La banque risquait de ne plus pouvoir effectuer des transactions en dollars américains. Les problèmes opérationnels et financiers qui résulteraient d'une telle situation pourraient nuire considérablement à la banque, voire menacer son existence.

La décision énonçait également que l'autorisation prévue à l'art. 271 ch. 1 CP excluait uniquement une punissabilité en vertu de cette disposition. Elle ne dispensait pas de respecter les autres dispositions du droit suisse, notamment la prise en compte du secret d'affaires et du secret bancaire existants, des dispositions sur la protection des données ou des obligations de l'employeur. L'autorisation ne permettait donc aux banques de coopérer avec les autorités américaines que dans le cadre de la législation suisse. Lors de la pesée des intérêts, il y avait lieu de tenir compte des droits de la personnalité des actuels et anciens membres du personnel de la banque, ainsi que des tiers potentiellement concernés, en prévoyant une obligation d'informer et un droit d'obtenir des renseignements. Des devoirs d'assistance étendus et une protection appropriée contre la discrimination devaient de plus être prévus pour les actuels et les anciens membres du personnel.

f. Le 29 août 2013, la Suisse et les Etats-Unis ont signé une déclaration commune par laquelle les deux gouvernements se sont engagés à faire le nécessaire pour mettre un terme à leur différend fiscal.

Le DoJ a mis à la disposition des banques suisses un programme volontaire (ci-après: *US Program*) de coopération avec les autorités américaines et de transmission d'informations leur permettant de régulariser leur situation et d'obtenir un *Non-Prosecution Agreement* (accord de renonciation à des poursuites pénales) ou une *Non-Target Letter* (déclaration de mise hors de cause) de la part du DoJ.

Le programme volontaire – qui ne s'appliquait pas aux individus – classait les banques suisses dans quatre catégories. Les banques qui faisaient l'objet d'une enquête pénale du DoJ étaient formellement exclues dudit programme (catégorie 1). Les autres banques pouvaient se mettre à l'abri de poursuites pénales en échange de leur participation, soit en concluant un *Non-Prosecution Agreement* (NPA) si elles estimaient avoir violé le droit fiscal américain (catégorie 2), soit en sollicitant une *Non-Target Letter* si elles estimaient que tel n'était pas le cas, ou si leur activité était purement locale (catégories 3 et 4).

Afin d'obtenir un *Non-Prosecution Agreement*, l'établissement bancaire concerné devait coopérer et fournir l'ensemble des preuves et informations requises aux termes du programme en lien avec ses activités transfrontalières aux Etats-Unis et certains comptes présentant un indice d'américanité (*US Related Accounts*) ouverts dans ses livres au 1^{er} août 2008 et clôturés depuis lors (*Closed US related Account(s)*). Les indices à prendre en considération étaient définis de manière très large et englobaient des éléments allant au-delà de la simple nationalité ou résidence, comme également le lieu de naissance, un numéro de téléphone, un ordre de virement permanent sur un compte aux Etats-Unis, une procuration ou un droit de signature en faveur d'une personne dont l'adresse est située aux Etats-Unis, la présence d'un seul indice étant par ailleurs réputée suffisante.

Selon le paragraphe II.D.1 du programme, les banques de catégorie 2 devaient communiquer au DoJ le nom et la fonction de leurs employés ou ex-employés et organes ayant structuré, géré ou supervisé les actions transfrontalières de la banque en lien avec les Etats-Unis, et selon le paragraphe II.D.2, le nom et la fonction de toute personne, dont ses employés ou ex-employés, ayant été en relation avec un *Closed US related Account*. Cette deuxième catégorie de renseignements devait être uniquement mentionnée dans un document synthétique offrant une simple vue d'ensemble des comptes avec indications des dates d'ouverture et de clôture de compte, le montant en compte, le nombre de personnes américaines en lien avec la relation, les différents intervenants et les transferts intervenus.

Enfin, à condition que la banque concernée respecte l'ensemble des obligations définies par le *US Program*, le DoJ ne la poursuivrait pas en justice pour les infractions fiscales en lien avec les *Us Related Accounts* qui se trouvaient en ses livres, mais le DoJ se réservait le droit de refuser de conclure un NPA ou de

revenir sur les termes de celui-ci s'il estimait que la banque avait fourni des informations fausses, incomplètes ou pouvant l'induire en erreur.

g. Le 30 août 2013, la FINMA a adressé un courrier aux banques suisses, dans lequel elle indiquait notamment qu'il appartenait à toutes les banques de mesurer de manière appropriée les potentiels risques juridiques et de réputation qu'entraînerait une non-participation au programme américain et d'en tenir compte dans leur processus de décision, qui devrait être documenté.

Elle a ajouté que les banques participant au programme américain étaient tenues de respecter le droit suisse et notamment les réglementations relatives à la protection des secrets d'affaires et bancaire en vigueur, ainsi que la législation sur la protection des données.

h. Le 26 février 2014, le Procureur général adjoint au sein du DoJ a déclaré devant une sous-commission du Sénat américain que le programme excluait expressément les individus. Il n'offrait en particulier aucune sorte de protection ou immunité aux banquiers suisses ou tiers (conseillers professionnels). Le DoJ avait pour mission de poursuivre les institutions financières qui facilitaient l'évasion fiscale transfrontalière, les personnes qui s'étaient soustraites à leurs obligations fiscales ainsi que banquiers, comptables, avocats et autres professionnels qui y avaient contribué. Il a ajouté que grâce au programme mis en œuvre, le DoJ comptait recueillir auprès des banques nombre d'informations permettant de poursuivre pénalement leurs employés et les tiers.

i. A_____ a décidé de participer au programme volontaire en qualité de banque de catégorie 2. Par décisions des 24 janvier 2014 et 2 février 2015, reprenant les termes de la décision modèle du 3 juillet 2013, le Département fédéral des finances (DFF) l'a autorisée à coopérer avec les autorités américaines.

Cette autorisation a été renouvelée les 2 février 2015 et 15 janvier 2016 et prolongée respectivement jusqu'au 30 juin 2016, puis jusqu'au 31 décembre 2020.

j. Le 26 juin 2015, A_____ a adressé une lettre à B_____ pour l'informer de ce qu'elle participait au programme en qualité de banque de catégorie 2.

A_____ indiquait qu'elle disposait d'une autorisation du DFF afin de coopérer avec le DoJ. Elle envisageait de communiquer des listes au sens du point II. D.2 du programme, sur lesquelles figuraient le nom et la fonction de B_____, qui étaient liés à un compte présentant des indices d'américanité. Il s'agissait d'un seul compte concernant un produit d'assurance sur lequel B_____ avait un pouvoir de signature. A_____ précisait que B_____ disposait d'un délai de vingt jours pour s'opposer à la transmission des données.

k. Par courrier du 6 juillet 2015, B_____ a informé la banque de son opposition à la transmission de son nom au DoJ.

Le 23 septembre 2015, A_____ a informé B_____ de ce qu'elle maintenait sa décision de transmettre ses données, le compte en lien avec celui-ci présentant un indice d'américanité en raison de l'adresse aux Etats-Unis de l'ayant droit économique. La banque précisait que B_____ disposait d'un délai de dix jours pour déposer une demande en justice afin d'interdire la transmission des données.

l. Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 2 octobre 2015, B_____ a formé à l'encontre de A_____ une action en prévention d'atteinte à la personnalité.

Principalement, il a conclu à qu'il soit fait interdiction à A_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers ou d'Etats tiers, notamment du Département de la justice américain, des données le concernant ou toute autre information pouvant mener un tiers à l'identifier.

m. Dans sa réponse, A_____ a conclu principalement au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions.

Subsidiairement, elle a conclu à ce qu'il soit dit que l'interdiction qui lui serait faite de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers ou d'Etats tiers des données concernant B_____ ne déploierait d'effet qu'en relation avec le programme volontaire du DoJ américain, visant au règlement du différend fiscal entre les banques et les Etats-Unis d'Amérique, et non pas en relation avec la transmission de données de manière générale si elle était requise par une autorité judiciaire ou administrative suisse, notamment par l'Administration fiscale fédérale des contributions (AFC).

A l'appui de sa réponse, A_____ a produit notamment une lettre caviardée de l'un de ses clients l'informant de ce qu'il avait entamé une procédure d'auto-dénonciation après des autorités fiscales américaines (IRS) et sollicitant la remise à cette fins de divers documents bancaires à son conseil américain. L'identité du client et les coordonnées du compte concernés sont caviardés dans le document. A_____ a également produit un exemplaire vierge du formulaire d'auto-dénonciation que ledit client aurait rempli.

n. Le 4 janvier 2016, A_____ a conclu un *Non-Prosecution Agreement* (NPA) avec le DoJ, moyennant le paiement d'une amende de 187'767'000 USD.

En vertu de cet accord, A_____ est tenue de continuer à collaborer pendant quatre ans avec les autorités américaines. Cet accord protège uniquement la banque et ne prévoit aucune immunité pour les autres entités ou individus

(employés ou tiers). Il est prévu que toute violation par la banque des termes du programme américain constituerait une violation du NPA; dans l'hypothèse où les autorités américaines devraient estimer que le NPA a été violé, celles-ci sont tenues d'interpeller par écrit la banque, avant toute poursuite judiciaire. L'accord réserve en outre le droit des autorités américaines de communiquer les informations et documents reçus de la banque à d'autres autorités gouvernementales des Etats-Unis.

o. Le 11 janvier 2017, le PFPDT a publié une communication relative à la mise en place d'un nouveau cadre pour la transmission de données personnelles de la Suisse vers les Etats-Unis.

Intitulé *Privacy Shield*, ce cadre a pour but de renforcer l'application des principes de protection des données par les entreprises participantes et par une amélioration de la gestion et de la surveillance par les autorités américaines. Le PFPDT précise que grâce au *Privacy Shield*, les données personnelles exportées de la Suisse vers les Etats-Unis bénéficient des mêmes normes que celles provenant de l'Union européenne, ce qui constitue un point fondamental pour la sécurité juridique des échanges économiques.

Le PFPDT est d'avis que la mise en place de ce nouveau cadre permet de garantir un niveau de protection adéquat. Il a ajusté en conséquence la liste des Etats qu'il est tenu de publier en vertu de l'art. 7 OLDP. Celle-ci énonce désormais à propos des Etats-Unis d'Amérique que les organismes qui adhèrent au *Privacy Shield* pour les données provenant de Suisse et qui figurent sur la liste du Département américain du commerce garantissent un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD.

Le Département américain du commerce a publié sur son site internet une liste des organismes certifiés selon le *Privacy Shield*, laquelle comprenait 1962 entreprises au 6 avril 2017. Le DoJ ne fait pas partie de ces organismes.

D. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a considéré que la communication transfrontalière des données litigieuses ne pouvait être autorisée qu'à condition de se fonder sur l'un des motifs justificatifs prévus à l'art. 6 al. 2 LPD, les Etats-Unis ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat. En l'occurrence, la banque ne démontrait pas qu'un tel motif était réalisé, notamment que la communication des données litigieuses répondrait à un intérêt public prépondérant. Elle n'apportait pas d'élément concret permettant de considérer que cette communication était indispensable pour sauvegarder l'image de la place financière suisse, ni que l'absence d'une telle communication la banque risquait de rendre caduc le NPA qu'elle avait conclu avec les autorités américaines, ou *a fortiori* de remettre en cause le programme américain pour l'ensemble des banques suisses concernées. B_____ conservait pour sa part un

intérêt important à ce que les données le concernant ne soient pas transmises, la banque n'ayant notamment pas apporté la preuve stricte de ce que les autorités américaines seraient déjà en possession des informations qu'elle entendait lui transmettre.

La communication des données litigieuses aux Etats-Unis demeurait dès lors illicite et justifiait de prononcer l'interdiction sollicitée. La portée de cette interdiction devait néanmoins être ramenée à la transmission des données litigieuses en relation avec le programme américain, dès lors qu'on ne pouvait pas affirmer que la transmission de ces données serait forcément illicite dans un autre contexte.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Les affaires portant sur la protection de la personnalité sont de nature non patrimoniales, sauf si la demande porte exclusivement sur des dommages-intérêts (ATF 142 III 145 consid. 6; ATF 127 III 481 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_328/2008 du 26 novembre 2008 consid. 1; JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile, BOHNET et al. [éd.], 2011, n. 12 ad art. 308 CPC et les réf. citées). Tel n'est pas le cas en l'espèce, de sorte que la voie de l'appel est ouverte indépendamment d'une éventuelle valeur litigieuse.

1.2 Interjeté dans le délai utile et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1 et 311 al. 1 CPC) par une partie qui y a intérêt (cf. art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est recevable.

2. **2.1** Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et qu'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC). La Cour examine, d'office la recevabilité des faits et les moyens de preuve nouveaux en appel (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2013, n. 26 ad art. 317 CPC).

2.2 En l'espèce, les deux parties produisent devant la Cour des pièces non soumises au Tribunal. Se rapportant à un changement de cadre réglementaire survenu postérieurement à la date à laquelle le premier juge a gardé la cause à juger, ces pièces sont recevables, ce qui n'est pas contesté.

3. L'appelante reproche tout d'abord au Tribunal d'avoir établi les faits de manière inexacte en omettant de retenir que les données relatives à l'intimé avaient d'ores et déjà été transmises aux autorités américaines dans le cadre de la procédure d'auto-dénonciation entreprise par l'ayant-droit économique des comptes ouverts en ses livres par C_____. Elle soutient que le Tribunal aurait en conséquence mal apprécié l'intérêt de l'intimé à s'opposer à la communication des données litigieuses.

3.1 Le juge d'appel dispose d'un pouvoir de cognition complet et revoit librement les questions de fait comme les questions de droit (art. 310 CPC). En particulier, il contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

Le juge n'entre en matière que sur les requêtes pour lesquelles les requérants ont un intérêt digne de protection (art. 59 al. 1 et al. 2 let. a CPC). L'absence d'un tel intérêt doit être relevée d'office, à tous les stades de la procédure. L'intérêt doit exister au moment du jugement (arrêt du Tribunal fédéral 4P.239/2005 du 21 novembre 2005 consid. 4.1).

3.2 En l'espèce, les pièces produites par l'appelante établissent uniquement qu'une personne se présentant comme le bénéficiaire économique de l'un des comptes ouverts en ses livres a envisagé d'entamer une procédure d'auto-dénonciation auprès des autorités fiscales américaines, avec l'aide d'un conseil américain. Partiellement caviardées, ces pièces ne permettent pas de vérifier l'identité du compte concerné, ni le fait que celui-ci aurait été ouvert au nom de C_____, ni le fait que des informations relatives à l'intimé auraient effectivement été transmises aux autorités américaines. Le seul formulaire vierge produit par l'appelante à ce propos ne suffit pas à rapporter une telle preuve et rien ne permet de vérifier la teneur des informations réellement transmises dans la procédure d'auto-dénonciation invoquée, à supposer que celle-ci ait été effectivement menée à son terme.

Dans ces conditions, le Tribunal a refusé à bon droit de tenir pour établi que les informations relatives à l'intimé auraient déjà été communiquées aux autorités américaines. Il est de surcroît relevé que les autorités fiscales (IRS) auxquelles ces informations auraient été transmises sont apparemment distinctes des autorités pénales (DoJ) auxquelles le présent procès tend à éviter que ces informations ne soient communiquées. Les conclusions qu'en a tirées le premier juge quant à l'intérêt dont dispose l'intimé pour s'opposer à la transmission de données litigieuses ne sauraient dès lors être remises en cause pour ce motif.

4. L'appelante reproche ensuite au Tribunal d'avoir considéré que la transmission de données relatives à l'intimé dans le cadre du *US Program* était illicite au regard de la LPD, en partant de la prémisse que les Etats-Unis ne disposaient pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat. Le Tribunal aurait dès lors soumis l'autorisation de communiquer les données litigieuses à des conditions excessivement strictes.

4.1 En matière de traitement de données, la loi fédérale sur la protection des données (LPD; RS 235.1) concrétise et complète l'art. 28 CC (arrêt du Tribunal fédéral 5A_22/2013 du 30 juin 2014 consid. 2.4.2 et les références doctrinales citées).

La communication transfrontière de données est régie par l'art. 6 LPD, qui prévoit qu'aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 6 al. 1 LPD).

La communication de données dans un Etat ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat entraîne de par la loi une grave menace de la personnalité, comme une présomption irréfragable (MAURER-LAMBROU/STEINER, in Basler Kommentar, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3^e éd, Bâle 2014, ad art. 6 LPD n. 11; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, ad art. 6 LPD n. 706b; EPINEY/FASNACHT, in Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, BELSER/EPINEY/WALDMANN [éd.], Berne 2011, § 10 n. 10; ROSENTHAL/JÖHRI, op. cit., ad art. 6 LPD n. 27).

Dans un arrêt du 6 octobre 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de relever que la législation américaine consacre la primauté des "exigences relatives à la sécurité nationale, [à] l'intérêt public et [au] respect des lois des Etats-Unis" sur les principes de la sphère de sécurité, si bien que les règles de protection prévues peuvent être écartées, sans limitation. Le régime américain de la sphère de sécurité rend ainsi possible des ingérences, par les autorités publiques américaines, dans les droits fondamentaux des personnes, sans qu'il n'existe de règles à caractère étatique destinées à limiter ces éventuelles ingérences ni de protection juridique efficace contre celles-ci (arrêt de la CJUE dans l'affaire C-362/2014 du 6 octobre 2015 consid. 86 s.).

Selon la liste publiée par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence mise à jour au 12 janvier 2017, seuls les organismes qui adhèrent au *Privacy Shield* pour les données provenant de Suisse et qui figurent sur la liste du Département américain du commerce garantissent un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD (art. 7 OLPD).

4.2 En l'espèce, il est établi que la transmission de données personnelles de la Suisse vers les Etats-Unis peut désormais s'inscrire dans le cadre d'un nouvel accord dénommé *Privacy Shield*, en lieu et place d'un précédent accord jugé insuffisant. Contrairement à ce que soutient l'appelante, la mise en place de ce nouveau cadre n'a cependant pas pour effet de conférer un niveau de protection suffisant, au sens de l'art. 6 al. 1 LPD, à toute communication de données vers les Etats-Unis. Comme l'accord qui l'a précédé, le *Privacy Shield* ne vise que les données échangées entre des sujets suisses et certaines entreprises américaines, dont la liste est tenue par le Département américain du commerce. Les autorités et administrations publiques américaines ne font pas partie des entreprises concernées et rien n'indique qu'elles pourraient figurer sur la liste en question. S'il est exact que le PFPDT considère que les données échangées avec les entreprises américaines participant au *Privacy Shield* bénéficient d'un niveau de protection adéquat, équivalent à celui appliqué aux données provenant de l'Union européenne, tel n'est pas le cas des données transmises à des autorités américaines, notamment dans le cadre du *US Program*. Il découle des principes rappelés ci-dessus que la législation américaine permet aux autorités en question d'écarter toute protection des données privées lorsqu'elles estiment que l'intérêt public des Etats-Unis est en jeu, comme c'est le cas en l'espèce. Le Tribunal a dès lors correctement retenu que les Etats-Unis n'offraient pas un niveau de protection suffisant à la transmission des données litigieuses aux autorités américaines et la mise en place du *Privacy Shield* ne change rien à ce qui précède. Le grief sera en conséquence écarté.

- 5.** Quand bien même les Etats-Unis ne posséderaient pas une législation assurant un niveau de protection adéquat, l'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir retenu que la communication des données litigieuses était néanmoins licite, dans la mesure où elle reposait sur l'un des motifs justificatifs prévus par la loi, à savoir l'existence d'un intérêt public prépondérant.

5.1 L'art. 6 al. 2 let. d LPD prévoit qu'en dépit de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat à l'étranger, la communication de données personnelles à l'étranger est autorisée notamment lorsqu'elle est, en l'espèce, indispensable à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant.

Pour être autorisée, la communication des données doit être "*indispensable*". La communication est indispensable au sens de cette disposition notamment lorsqu'il faut admettre que, sans la livraison de celles-ci, le litige fiscal avec les Etats-Unis s'intensifierait, que la place financière suisse devrait en supporter les conséquences et que la réputation de la Suisse serait atteinte en tant que partenaire de négociation fiable (arrêt du Tribunal fédéral 4A_83/2016 du 22 septembre 2016 consid. 3.3.4).

Par intérêt public, on entend l'intérêt de la Suisse, qui comprend l'image du pays à l'étranger, notamment du fait de sa coopération avec d'autres Etats ou des organismes internationaux, par exemple en matière de lutte contre le terrorisme ou le blanchiment d'argent (MEIER, Protection des données, Berne 2011, n. 1368). On entend également les cas où les intérêts d'Etats étrangers ont un effet réflexe sur la Suisse et par là coïncident indirectement avec l'intérêt public de la Suisse, notamment lorsqu'il s'agit de protéger une certaine branche de l'économie ou certains consommateurs en Suisse de sanctions explicites ou implicites de la part d'Etats étrangers, auxquelles ils seraient directement ou indirectement exposés en cas de coopération défailante (ROSENTHAL/JÖHRI, op. cit., n. 60 ad art. 6 LPD).

En exigeant que l'intérêt public soit prépondérant, l'art. 6 al. 2 let. d LPD implique une pesée entre les intérêts privés des personnes concernées et l'intérêt public retenu. L'existence de l'intérêt public prépondérant doit être évaluée dans chaque cas concret, en fonction de l'ensemble des circonstances en présence, notamment les garanties offertes par l'Etat de destination. L'intérêt public ne permet pas de justifier la communication de données de manière générale ou permanente pour une catégorie de cas. Il faut en particulier tenir compte de l'intérêt de la personne concernée à ce que ses données ne soient pas communiquées vers un Etat sans protection des données adéquate (évaluation notamment du risque de détournement de finalité ou de publication des données, WALTER, Communication de données personnelles à l'étranger, in La révision de la Loi sur la protection des données, EPINEY/HOBI [éd.], Zürich 2009, p. 132; cf. ég. MAURER-LAMBROU/STEINER, op. cit., n. 32 ad art. 6 LPD; EPINEY/FASNACHT, op. cit., § 10 n. 23; MEIER, op. cit., n. 1370 et ss; ROSENTHAL/JÖHRI, op. cit., n. 62 ad art. 6 LPD).

La dérogation fondée sur l'intérêt public doit être interprétée restrictivement, de sorte à ne pas encourager des communications transfrontalières dans des conditions qui ne répondent pas à celles prévues par les traités d'entraide (MEIER, op. cit., n. 1374).

La preuve de l'existence d'un motif justificatif au sens de l'art. 6 al. 2 LPD appartient à celui qui exporte les données (art. 8 CC; MEIER, op. cit., n. 1311; ROSENTHAL/JÖHRI, op. cit., n. 36 i.f ad art. 6 LPD).

5.2 En l'espèce, il n'est pas contesté ni contestable qu'il existe, de manière générale, un intérêt public à ce que les banques suisses assurent la stabilité juridique et économique de la place financière suisse en participant au programme volontaire de règlement fiscal mis en place par les autorités américaines et en assurant ainsi leur propre réputation et leur pérennité.

L'appelante ne démontre cependant pas que cet intérêt public imposerait en l'espèce la communication des données litigieuses, et ce de manière prépondérante par rapport à l'intérêt de l'intimé de s'opposer à une telle communication. Il est en

effet établi que l'appelante est parvenue à signer un accord de non poursuite avec le DoJ au mois de janvier 2016 sans transmettre les documents en question. Si les autorités américaines se sont certes réservé le droit de revenir sur cet accord au cas où les informations remises devaient s'avérer fausses ou incomplètes, rien ne permet d'établir qu'elles considèrent que ce soit en l'occurrence le cas. L'appelante n'allègue en particulier pas avoir fait l'objet de relances ou de pressions de la part des autorités américaines afin qu'elle transmette tout ou partie de la documentation comprenant des données relatives à l'intimé. Il est ainsi peu probable que la non-communication des données litigieuses puisse avoir pour conséquence une remise en cause de l'accord trouvé avec les autorités américaines. L'appelante ne cite au demeurant aucun cas où une banque aurait vu son accord annulé ou aurait fait l'objet d'une poursuite ultérieure en raison d'une communication jugée incomplète. En tout état, il n'est pas établi qu'une annulation du *Non-Prosecution Agreement* conclu au mois de janvier 2016 aurait des répercussions sur l'ensemble de la place financière suisse, respectivement raviverait le conflit fiscal opposant les banques suisses aux autorités américaines. L'appelante ne soutient notamment pas qu'elle serait une banque d'importance systémique, et ce à juste titre vu la nature de ses activités et le nombre restreint de ses succursales.

Contrairement à ce que soutient l'appelante, l'intimé conserve pour sa part un intérêt important à ce que des données le concernant ne soient pas transmises aux autorités américaines. Il est en effet reconnu que les individus dont les données figurent sur les documents transmis aux autorités américaines courent le risque d'être retenus pour être interrogés, voire inculpés, au cas où ils se rendraient sur le sol américain, ces situations s'étant concrètement présentées pour certains d'entre eux. Même si ce risque est tenu dans le cas particulier, l'intimé n'ayant jamais été en contact direct avec une clientèle américaine, il ne peut être considéré comme purement théorique, compte tenu de la détermination affichée des autorités américaines de poursuivre toutes les personnes impliquées de près ou de loin dans l'évasion fiscale de contribuables du fisc américain (cf. consid. C.h. en fait).

Comme relevé ci-dessus, il n'est par ailleurs pas établi que les données litigieuses concernant l'intimé auraient été déjà transmises aux autorités américaines, notamment aux autorités de poursuite pénale dans le cadre d'une procédure d'auto-dénonciation, de sorte que l'intimé n'aurait plus d'intérêt à s'opposer la transmission des données en question. Sur ce point, l'état de fait du cas d'espèce ne diffère pas de celui examiné par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4A_83/2016 rappelé ci-dessus; les considérations émises dans cet arrêt quant aux intérêts privés à prendre en compte demeurent applicables. Au surplus, le fait que l'intimé n'ait pas requis l'interdiction de communiquer sollicitée par voie de mesures provisionnelles avant d'agir au fond en prévention d'atteinte à la personnalité ne permet pas d'exclure que celui-ci dispose d'un intérêt concret à empêcher la

transmission de données le concernant aux autorités américaines dans le cadre du *US Program*. La communication envisagée demeure par conséquent susceptible de porter gravement atteinte à la personnalité de l'intimé, étant rappelé que le *Non-Prosecution Agreement* autorise expressément le DoJ à utiliser les données transmises pour poursuivre des personnes physiques.

Au vu de ce qui précède, et dans la mesure où une dérogation fondée sur l'intérêt public doit être admise avec retenue, la décision du premier juge de refuser d'admettre, comme motif justificatif, la nécessité de sauvegarder un intérêt public prépondérant n'est pas critiquable. L'appelante sera en conséquence déboutée de ses conclusions tendant au rejet intégral de l'action en prévention d'atteinte à la personnalité formée par l'intimé.

6. Subsidiairement, l'appelante conclut à ce qu'il soit dit et prononcé que l'interdiction litigieuse ne déploie d'effet qu'en relation avec le programme visant au règlement du différend fiscal entre les banques suisses et le Etats-Unis d'Amérique, et non avec la transmission de données de manière générale si elle est requise par une autorité judiciaire ou administrative suisse, notamment fiscale.

De telles conclusions sont toutefois dénuées d'objet, le Tribunal ayant en l'espèce expressément limité la portée de l'interdiction prononcée au cadre du programme américain auquel l'appelante participe en catégorie 2, conformément aux conclusions prises par l'appelante devant lui. L'appelante n'expose pas en quoi il serait nécessaire de préciser, explicitement et *a contrario*, que l'interdiction en question ne vise pas la transmission de données de manière générale à une autorité suisse, notamment fiscale. L'appelante sera dès lors déboutée de ses conclusions subsidiaires en ce sens.

7. Les frais judiciaires de l'appel seront arrêtés à 7'000 fr. (art. 96 et 105 al. 1 CPC; art. 18 et 35 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront entièrement compensés avec l'avance de frais, d'un montant correspondant, fournie par cette dernière, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

L'appelante sera en outre condamnée à verser à l'intimé la somme de 5'000 fr. à titre de dépens d'appel (art. 105 al. 2 CPC, art. 84, 86 et 90 RTFMC), débours et TVA inclus (art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 20 février 2017 par A_____ contre le jugement JTPI/15616/2016 rendu le 21 décembre 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20679/2015-11.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 7'000 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont compensés avec l'avance de frais de même montant fournie par cette dernière, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ à payer à B_____ la somme de 5'000 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Ivo BUETTI, Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

La greffière :

Camille LESTEVEN

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.